

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

JOSEMÁRIO DE OLIVEIRA MELO

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS:

risco jurídico inerente e sua mitigação

BRASÍLIA

2011

JOSEMÁRIO DE OLIVEIRA MELO

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS:

risco jurídico inerente e sua mitigação

**Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília**

**Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler
Annes**

BRASÍLIA

2011

Melo, Josemário de Oliveira

A função social dos contratos: riscos judiciais inerentes e sua mitigação/Josemário de Oliveira Melo – Brasília: O autor, 2011.
92 f.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes.

1.Direito civil. 2.Contratos. 3.Função social. 4.Risco

I.Título

CDU

À Valkiria,

presente de Deus, esposa-ajudadora-companheira
em todos os momentos.

Às gratas bênçãos de nosso Criador,

Wladimir, Eveline, Fábio e Amanda.

AGRADECIMENTOS

A todos que “andam por onde não há caminhos e, por onde passam, deixam uma trilha”. Obrigado por fazerem a diferença.

A todos que gostam de ensinar, e o fazem com dedicação. Obrigado pelo exemplo.

A todos que querem aprender, para ajudar a quem precisa aprender. Ao empreenderem, de logo obrigado.

“Felizes os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados”. (Bíblia, Mt 5.6).

RESUMO

A função social dos contratos (art. 421 do Código Civil de 2002), importante inovação no direito contratual, ao completar 10 anos de sua codificação, tem despertado profundas discussões doutrinárias, muito embora sem que se tenha alcançado posição consensual quanto a seu real significado. A jurisprudência sobre o tema tampouco se encontra totalmente consolidada. As reflexões sobre o assunto são oportunas por conta de sua relevância no contexto do direito privado, visto irradiar-se em todo o sistema do Código Civil ou mesmo fora dele. A função social dos contratos, por se tratar de cláusula geral, de significado impreciso, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo juiz no caso concreto, tem ensejado preocupações quanto a se constituir em fator de elevação do risco jurídico às relações contratuais entre os particulares. Objetiva-se, por meio de pesquisa dogmática, delinear as principais tendências acerca do assunto, bem como identificar na doutrina e na jurisprudência a extensão dos riscos reportados e os meios para sua mitigação.

PALAVRAS-CHAVE: direito privado, contratos, função social, cláusula geral, decisão judicial, risco, mitigação de risco.

ABSTRACT

About to turn 10 years of its encoding, the social function of contracts (Article 421 of the 2002 Civil Code) is an important innovation in contract law that has provoked deep doctrinal disputes, although there is no consensus on its real meaning. The jurisprudence on the subject is neither fully consolidated. Nevertheless, reflecting on the matter is relevant to private law studies, as it radiates throughout the system of the Civil Code and also outside. On the other hand, the social function of contracts has caused concern about being a factor that increases the legal risk applied to private contractual relations as it is a general clause that has to be bounded by the judge case by case. The aim, therefore, by means of dogmatic research, is to outline the main discussion on the subject and to identify the extent of the reported risks and the means to mitigate them in the doctrine and jurisprudence.

KEY WORDS: private law, contracts, social function, general clause, judicial decision, risk and risk mitigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO E O CONTRATO.....	12
1.1 Negócio jurídico e contrato.....	12
1.2 As transformações contemporâneas do contrato.....	21
1.3 Autonomia da vontade e suas transformações.....	28
1.4 Função social.....	31
2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL.....	34
2.1 A noção de sistema.....	34
2.1.1 <i>O sistema do Novo Código Civil.....</i>	<i>36</i>
2.2 Função social dos contratos no processo legislativo do Código Civil.....	38
2.2.1 <i>A análise das diretrizes da Exposição de Motivos.....</i>	<i>42</i>
2.2.1.1 O papel do Código Civil no âmbito do direito privado.....	42
2.2.1.1.1 <i>A unificação das obrigações civis e mercantis.....</i>	<i>43</i>
2.2.1.1.2 <i>A manutenção de uma Parte Geral no Código.....</i>	<i>44</i>
2.2.1.1.3 <i>A utilização de técnica da legislação aditiva, similar à do texto constitucional.....</i>	<i>45</i>
2.2.1.1.4 <i>A eficácia imediata da função social dos contratos.....</i>	<i>46</i>
2.2.1.2 Conteúdo do Código Civil, culturalismo de Miguel Reale e conservadorismo.....	47
2.2.1.3 Diretrizes metodológicas para as normas e a linguagem do Código Civil.....	49
2.2.2 <i>Sistema aberto e cláusula geral.....</i>	<i>51</i>
3 RISCO JURÍDICO INERENTE À FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E SUA MITIGAÇÃO.....	55
3.1 Riscos associados à aplicação, pelos juízes, da cláusula geral do art. 421 do Código Civil.....	55
3.2 Mitigação do risco:os limites e o controle da aplicação, pelos juízes, do art. 421 do Código Civil.....	59
3.3 A jurisprudência sobre a aplicação do art. 421 do Código Civil.....	73
3.3.1 <i>A tendência inicial apontada pelos julgados do art. 421 do Código Civil.....</i>	<i>73</i>
3.3.2 <i>As súmulas do STJ.....</i>	<i>76</i>

<i>3.3.3 Julgados destacados pela doutrina.....</i>	<i>79</i>
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

A cláusula da função social dos contratos (art. 421 do Código Civil de 2002), codificada há quase dez anos, tem despertado profundas discussões doutrinárias, inclusive com matizes ideológicos, muito embora se saiba não ter ainda reunido posição consensual quanto a seu real significado. Tampouco a jurisprudência pode ser considerada totalmente consolidada acerca de seu alcance e limitadores.

Soma-se à atualidade e oportunidade das discussões em derredor da função social dos contratos, sua relevância no contexto do Direito Privado, porque é tema que se irradia em todo o sistema do Código Civil ou mesmo fora dele.

São conhecidas as preocupações da doutrina brasileira acerca da novel cláusula, reputada por boa parte de seus expoentes como a inovação de maior relevo no direito dos contratos e, ao mesmo tempo, apontada como espaço para a interferência externa na vontade dos contratantes. Essa interferência, que guarda estreita relação com a eficácia atribuída à função social dos contratos pelos juízes, à conta do mandato que lhes confere o art. 421 do Código Civil, aliada às incertezas intrínsecas ao ambiente pós-moderno, constitui fator adicional de risco a ser gerenciado nas relações contratuais, com vários reflexos no ambiente de negócios.

Há, assim, um novo contexto, cujas especulações acerca da atuação dos magistrados, ao proferirem suas decisões com base no art. 421 do Código Civil, apontam para a insegurança jurídica, principalmente porque não se tem ideia acerca de como o juiz se posicionará em sua sentença. Agindo de forma arbitrária no preenchimento do conteúdo da função social no caso concreto, o juiz passaria a impingir maiores riscos aos contratantes, risco de natureza jurídica, por conseguinte.

Pretende-se com este trabalho analisar-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da função social dos contratos e concluir-se sobre a extensão de riscos à segurança jurídica dos contratos entre particulares que decorram da aplicação dessa norma pelos juízes. Ato contínuo, o trabalho deve identificar, nos mesmos ambientes doutrinário e jurisprudencial, meios para mitigação desses riscos.

Trata-se de pesquisa bibliográfica de natureza dogmática, com enfoque especial na teoria do negócio jurídico, teoria do contrato e teoria da função social, ressaltando-se que os aspectos jurisprudenciais serão trazidos a exame a partir da doutrina, não sendo do propósito da tarefa que ora se empreende coligir, tratar e comparar a jurisprudência de forma mais ampla, dado que isso implicaria novo corte no escopo fixado.

O trabalho divide-se em três partes. Iniciar-se-á com a revisão da teoria do negócio jurídico, âmbito no qual se insere o contrato, bem como, onde as discussões acerca da autonomia da vontade tiveram espaço qualificado. No mesmo passo, examinar-se-á o conceito de contrato e sua evolução para, logo em seguida, lançar-se a breve esboço da autonomia da vontade e suas transformações, bem como da função social.

A segunda parte versará sobre a função social dos contratos no sistema do Código Civil, preparando-se, assim, o arcabouço de informações necessárias à última etapa. Esta se deterá no delineamento dos riscos a que se reporta a questão do labor dos juízes com a cláusula do art. 421 do Código Civil, para, logo depois, trazer a lume as soluções doutrinárias sobre o alcance dessa cláusula, o poder real dos juízes em sua aplicação e o controle das decisões judiciais. A última seção desta etapa final contemplará a análise doutrinária da posição sinalizada pela jurisprudência sobre o tema, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio do exame das súmulas que se relacionam com a matéria.

Nas duas primeiras etapas, apenas na análise da função social se destacará maior detalhamento. Na terceira etapa, pugnar-se-á por maior amplitude na abordagem do tema, priorizando-se várias perspectivas para as buscas de respostas ao problema proposto.

A principal contribuição da tarefa que se empreende por meio deste trabalho será a identificação do real poder dos juízes na aplicação da lei aos casos concretos, de sorte a que, do confronto das ideias doutrinárias e jurisprudenciais a serem analisadas, resultem delineados mitigadores para os riscos em que incorrem os particulares ao demandarem à justiça em questões contratuais.

Assim, o art. 421 do Código Civil, como se verá, tem importante papel no sistema do Direito Privado, por sua natureza de cláusula aberta, verdadeira via de ligação do sistema do Código Civil com seu exterior, muito embora submetida a riscos.

1 TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO E O CONTRATO

O contrato é o ponto de partida para a jornada que se intentará aqui, a qual se dirige para o detalhamento da função social de que trata o art. 421 do Código Civil de 2002^{1 2} e almeja, ao final do percurso, ter identificado os limites e os controles a que submetidos os juízes ao proferirem suas decisões tendo por fundamento esse mesmo art. 421.

Os primeiros passos serão alçados a partir do ambiente do negócio jurídico, por constituir o gênero ao qual a espécie contrato pertence.

1.1 Negócio jurídico e contrato

Os acontecimentos da vida, sejam os que decorrem da ação da própria natureza, sejam aqueles que resultam da ação do homem, constituem o mundo fático. O mundo jurídico está contido no mundo fático, porquanto naquele estão os acontecimentos valorados pelo homem por meio da norma jurídica. A norma, na tessitura da lavra de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, promove a juridicidade dos fatos, ou seja, dos fatos surge o Direito.³ À parte o fato jurídico, pouco ou quase nada existe e importa para o direito.⁴

Todo fato, portanto, para ser considerado jurídico, passa por juízo de valoração.⁵ A chuva que cai é fato que ocorre normalmente de forma indiferente na vida jurídica, mas pode repercutir no âmbito do direito, caso, por exemplo, provoque danos a imóveis acobertados por seguro. Do mesmo modo, no âmbito das ações humanas, caminhar e alimentar-se também podem ficar alheios à vida jurídica ou provocarem a atenção do ordenamento legal, como na ocorrência de um assalto em uma caminhada ou na intoxicação pela composição química de alimento industrializado.⁶

As normas que compõem o ordenamento jurídico e regulam a atividade humana prevêm fatos e respectivos comportamentos que, ao se concretizarem resultam no

¹ BRASIL. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo Código Civil. DOU de 11.01.2002.

² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 495.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 293, v.1.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo:Saraiva, 2007, p.276. v.1.

⁶ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 457, v.1.

“suporte fático para a incidência da norma e o surgimento do fato jurídico”.⁷ Quer dizer, o fato jurídico, aquele valorado pela norma, distingue-se do fato material ou ajurídico exatamente porque estes não produzem efeitos jurídicos, não são abrangidos pela coercitividade da norma.⁸

Segundo Pontes de Miranda, o fato jurídico é “o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica”.⁹

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, por sua vez, definem o fato jurídico em sentido amplo que temos tratado até aqui como “acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas”.¹⁰

Os fatos classificam-se em duas ordens: naturais ou fatos jurídicos em sentido estrito; e humanos, ou voluntários, ou jurídicos em sentido amplo. Os naturais, ou fatos *stricto sensu*, independem da vontade humana, mas, por atingirem as relações jurídicas e sendo o homem seu sujeito, são de interesse, a exemplo do nascimento e da morte das pessoas, do crescimento das plantas etc. Decorrem de simples ação da natureza. Os fatos humanos, ou voluntários, ou fatos *lato sensu*, resultam da atuação humana, comissiva ou omissiva, e influem sobre as relações de direito, podendo subordinar-se às normas preestabelecidas pelo ordenamento, ou delas discreparem.¹¹

Os fatos voluntários dividem-se em atos jurídicos (*lato sensu*) e atos ilícitos. Os atos jurídicos (*lato sensu*) são abrangidos pela garantia da lei e subdividem-se em ato jurídico lícito (*stricto sensu*) e os negócios jurídicos, que nos interessam aqui mais de perto.¹²

Essa subdivisão dos atos jurídicos (*lato sensu*) em atos jurídicos (*stricto sensu*) e negócios jurídicos deriva da teoria dualista alemã, acolhida pela doutrina brasileira e

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo:Saraiva, 2007, p.276. v.1.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 495.

⁹ MIRANDA, Pontes de. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 497.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 296.

¹¹ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 459, v.1.

¹² Idem. Ibidem, p.459.

mais tarde abraçada pelo Código Civil de 2002 (art. 104). O Código Civil de 1916¹³ adotava a teoria unitária do ato jurídico baseada no sistema francês, que não distinguia os atos jurídicos *stricto sensu* dos negócios jurídicos.¹⁴

Atentando-se, primeiramente, para a conceituação do ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*), lança-se mão das palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald para os quais “o ato jurídico é o acontecimento jurídico cujo suporte fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida à obtenção de resultado juridicamente protegido, previsto na norma ou eleito pela própria parte”.¹⁵

De outro passo, antes de se adentrar na análise do negócio jurídico, conceitua-se o ato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*), nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, como aquele que:

tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.¹⁶

Quer dizer, no ato jurídico em sentido estrito, a lei predetermina o efeito da manifestação da vontade, isto é, não há possibilidade de escolha para a categoria jurídica. A vontade humana baseia-se em “simples intenção, como quando alguém fiska um peixe, dele se tornando proprietário por ocupação¹⁷ [...]”. A ação humana se baseia não numa vontade qualificada, como no negócio jurídico [...].”¹⁸ São exemplos de ato jurídico *stricto sensu* a fixação de domicílio, o reconhecimento de filhos, a quitação, a escolha nas obrigações alternativas e o perdão.¹⁹

¹³ BRASIL. Lei. nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. DOU de 05.01.1916.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 509.

¹⁵ Idem. Ibidem, p. 508.

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Apud, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 508.

¹⁷ Art. 1.263 do Código Civil. Quem se assenhorar de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.302-303, v.1.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 508-509.

Não há intenção de se alongar aqui perseguindo outros conceitos tais os de ato-fato jurídico e de ato ilícito, porquanto o que se busca é o negócio jurídico como gênero para se alcançar a espécie contrato, principal território da jornada rumo ao art. 421 do Código Civil. Por isso, volta-se agora a atenção deste trabalho para o negócio jurídico, cuja conceituação pela dogmática, lembrando Orlando Gomes, continua controvertida.²⁰ A doutrina atual divide-se em três correntes principais: teoria voluntarista, teoria objetivista e teoria estruturalista.²¹

Antônio Junqueira de Azevedo argumenta que a definição do negócio jurídico pela doutrina atual ora prende-se à sua gênese (teoria voluntarista), definindo-o como “ato de vontade que visa produzir efeitos”, tendo presente então a autonomia da vontade; ora à sua função (teoria objetivista), o negócio jurídico visto como preceito, “que tira sua validade da norma abstrata [...]”. Ele complementa com outro enfoque, analisando dentre os elementos do negócio jurídico, no plano da existência, as circunstâncias negociais, que no seu entender “constitui o verdadeiro elemento definidor do negócio”, quando então apresenta um novo conceito por meio do critério estrutural (teoria estruturalista).²²

A teoria voluntarista é dominante na doutrina brasileira. O art. 81 do Código Civil de 1916 enfeixava em seu conteúdo todas as linhas de definição dessa corrente: “Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.²³ Como já visto anteriormente, era posição da teoria unitária, baseada no sistema francês.

A posição do atual Código Civil é a da teoria dualista, baseada no sistema alemão. Caio Mário da Silva Pereira esclarece ter o Novo Código Civil acolhido a doutrina alemã do negócio jurídico para a qual havia ele propendido quando incumbido de elaborar o Anteprojeto do Código das Obrigações, resumindo-a da seguinte maneira: “toda declaração de

²⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 270.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 512.

²² AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.1.

²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *op.cit.*, p.4.

vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal, e geradora de efeitos jurídicos pretendidos”.²⁴

Enzo Roppo, ao apontar a prevalência da definição de negócio jurídico como “uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos”, ressalta a vontade como elemento chave da sua definição, como força criadora de direitos e obrigações, verdadeira mística que se conforma em um dogma.²⁵

Dentre as várias críticas que se faz a essa teoria, a mais grave, na opinião de Antônio Junqueira de Azevedo, é a perspectiva psicológica adotada, baseada no dogma da vontade. Antônio Junqueira entende que a vontade não é necessária para a existência do negócio (plano da existência), muito embora tenha importância nos planos da validade e eficácia, razão pela qual não poderia ser elemento definidor ou caracterizador do negócio.²⁶

O Código Civil de 2002, ao preferir a concepção subjetivista, ou voluntarista, temperou a importância da exteriorização da vontade, distanciando-se dos exageros a que se chega com a defesa do dogma da vontade. São exemplos de tal temperamento os arts. 110 e 111 do Código Civil.²⁷

As primeiras concepções de negócio jurídico que se afastaram da visão voluntarista viram, no negócio, antes um meio concebido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade.²⁸ Para Orlando Gomes, os defensores da teoria objetiva consideram o negócio jurídico como “norma concreta estabelecida pelas partes”. A essência do negócio jurídico está na autonomia privada, no “poder de auto-regência dos interesses, que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno”.²⁹

Emilio Betti indica os pandectistas alemães do século XIX como a origem da influência do dogma da vontade (desde Savigny a Windscheid) no conceito de negócio

²⁴ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 478.v. 1.

²⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p.49.

²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.9.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 512.

²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

²⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 271.

jurídico. Ao referir-se ao conceito prevalente a que se refere Roppo (uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos), o qualifica de “formal, frágil e incolor”, incapaz de lhe apreender a essência, a qual estaria, no entanto, na “autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como fato social [...]”.³⁰

Betti conceitua o negócio jurídico como “o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com os outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido)”. Parte da premissa de que a solução passa pela autonomia privada e seu reconhecimento jurídico. O instituto do negócio jurídico não consagra faculdade de “querer no vácuo”, nesse ponto refere-se ao individualismo que ainda persiste na dogmática.³¹

A crítica à teoria objetiva considera sua concepção artificial e, preponderantemente, aponta seu afastamento da realidade jurídica ao afirmar surgirem regras do negócio jurídico quando, na verdade, ele somente pode gerar direitos e obrigações.³²

Para a teoria estruturalista, não importa de onde surge, nem o que é o negócio jurídico, mas interessa-se por sua estrutura. Para esta corrente, o negócio jurídico é definido como categoria cuja estrutura há ato de vontade, com relevância jurídica a este elemento volitivo e também declaração de vontade, cercada de circunstâncias negociais.³³

Antônio Junqueira de Azevedo define o negócio jurídico como:

todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.³⁴

Entende Antônio Junqueira que a concepção estrutural do negócio jurídico retira seu exame “da ótica estreita de seu autor” e, com alargamento do campo de visão, passa-a para o prisma social e jurídico. A concepção estrutural, embora se distancie da

³⁰ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editores. Campinas: Servanda, 2008, p. 91-93.

³¹ BETTI, Emilio. op.cit., p.88.

³² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 271.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 512.

³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.16.

concepção voluntarista, não a repudia. O negócio jurídico deixa de ser visto como ato de vontade do agente e passa a ser considerado socialmente como “ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos”. A perspectiva agora é social, não mais psicológica. O negócio passa a ser percebido como aquilo que a sociedade traduz como declaração de vontade do agente, já não é o que o agente quer.³⁵

O negócio jurídico para ser compreendido requer ainda a análise de seus elementos, pressupostos e requisitos, trabalho esse que se fará em seguida, embora de forma breve, com o fito apenas de oferecer suporte para o desenvolvimento das próximas etapas da presente empreitada. A análise far-se-á na tricotomia existência-validade-eficácia, tripartição desenvolvida na obra de Hans Kelsen e introduzida no Brasil por Pontes de Miranda.³⁶

Preliminarmente, registre-se que o Projeto do Novo Código Civil não seguiu a tricotomia referida, justificando Gonçalves que não haveria necessidade de se mencionar os requisitos de existência porque o conceito se encontra na base do sistema dos fatos jurídicos.³⁷ A explicação de Moreira Alves, por seu turno, é de que a tricotomia, se adotada, provocaria discrepâncias.³⁸

O plano da existência é relativo ao ser, à sua estruturação.³⁹ Nele, encontram-se os elementos constitutivos do negócio jurídico, sem os quais haveria um “não-ato”. Aqui não se cogita de validade ou eficácia. São os seguintes os elementos constitutivos: manifestação de vontade, agente emissor da vontade, objeto e forma.⁴⁰

O plano de validade diz da aptidão do negócio em relação ao ordenamento jurídico para produzir efeitos concretos.⁴¹ O art. 104 do Código Civil de 2002 inventaria os requisitos desse plano: “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto

³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.21.

³⁶ LOTUFO, Renan. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 500.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo:Saraiva, 2007, p.309, v. 1.

³⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. Apud GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 326. v.1.

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 524.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 310. v.1.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 524.

lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” A doutrina entende, todavia, que essa enumeração é insuficiente ou incompleta porque não menciona as causas de invalidade e deficiência. O rol a seguir melhor alinharia, então, esses elementos: manifestação de vontade livre e de boa-fé, agente emissor da vontade capaz e legitimado para o negócio; objeto lícito, possível e determinado (ou determinável); forma adequada (livre ou legalmente prescrita).⁴²

O plano de eficácia relaciona-se com o momento em que o negócio jurídico produzirá a eficácia, de logo ou diferido por força de elementos acidentais.⁴³ São elementos desse plano o termo, a condição e o modo ou encargo.

À parte a questão relacionada com a manifestação de vontade no negócio jurídico, que será retomada mais tarde, em seção específica, outro ponto exige imediato tratamento, porque indispensável aos próximos passos. Trata-se da causa no negócio jurídico.

Como se observa, a causa do negócio jurídico não se acha arrolada nos requisitos de validade eleitos pelo legislador brasileiro. Caio Mário, ao tratar do tema, classifica a discussão em torno da causa do negócio jurídico como “sem fim”: a doutrina ora sustenta sua unidade conceitual, mesmo admitindo a variedade de aspectos, ora nega-lhe relevância e há até quem a despreze, por entender que duplica os elementos que integram o negócio jurídico.⁴⁴

Caio Mário é de opinião que a controvérsia “tormentosa e infundável” não se resolve na leitura dos combatentes, seja no campo causalista, seja entre os anticausalistas. O próprio grupo causalista não é uníssono, porquanto integrado por duas escolas: subjetivista e objetivista. Emílio Betti integra a escola objetivista que, como visto acima, sustenta o fim econômico e social do negócio jurídico.⁴⁵

O direito brasileiro, afirma Caio Mário, tomou partido nessa discussão pela escola anticausalista e ao legislador do Novo Código Civil pareceu “desnecessária sua

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 332.

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 524.

⁴⁴ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 507. v. 1.

⁴⁵ Idem. *Ibidem*, p. 507.

indagação, na integração dos requisitos dos negócios jurídicos, *in genere*, preferindo cogitar dela em circunstâncias especiais, como exemplos [...] arts.461, 476, 876 ss, 1.897 etc.” Sua opinião é que ao se proceder assim, simplificou-se a solução de questões e instilou-se maior segurança aos negócios, evitando que a busca de motivos seja exacerbada em detrimento da investigação da causa.⁴⁶

Acerca dessa última afirmação, explica que causa e motivação são duas coisas diferentes: a motivação se apresenta como razão ocasional ou accidental do negócio e, embora sempre presente como impulso inicial, deve ater-se ao plano psicológico – ao qual se vincula a indagação da deliberação consciente –, porquanto sem importância jurídica.⁴⁷

Na causa, de outro lado, prossegue o autor, “há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além da realização do ato em si mesmo”. Assim, a causa ilícita afetaria o negócio, diferentemente da motivação.⁴⁸

A conclusão do consagrado autor é que seria aconselhável a transigência com a noção de causa, por conta dos negócios jurídicos abstratos, onde a ordem legal se atém aos requisitos externos. Lembra que a livre circulação dos títulos cambiais, ao portador, é necessária ao comércio. Entretanto, em numerosos negócios jurídicos é de significação moralizadora a perquirição da causa. Assim, arremata:

A solução transacional com a teoria da causa estaria em que, admitida ela, nunca assumiria as proporções de elemento constitutivo do negócio jurídico, ou seu requisito a ser provado por quem tem interesse na eficácia do ato. Ficaria, então, reservado o seu papel como fator de alta significação moral, que faculta ao juiz apreciador a liceidade sob o aspecto social do negócio.⁴⁹

Neste ponto, posto o essencial acerca do negócio jurídico, volta-se este estudo para o contrato, a mais importante das categorias dos negócios jurídicos.

⁴⁶ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 508. v. 1.

⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 508.

⁴⁸ Idem. Ibidem, p. 506.

⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 509.

Embora não definido no Código Civil, quer no de 1916 ou mesmo no atual, pode-se conceituá-lo como “acordo de duas ou mais pessoas tendente a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”.⁵⁰

O Código Civil de Québec assim define o contrato: “é acordo que tem por objeto a criação de uma obrigação, ao menos. Inclui-se no círculo dos contratos os acordos que não criam obrigações em tanto que tais, mas que lhes afetem”.⁵¹

Segundo Orlando Gomes, “o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”.⁵²

Traduzem esses conceitos os matizes predominantes na doutrina clássica, em geral. No entanto, o contrato percorreu longo caminho desde suas origens até aqui, acompanhando naturalmente os grandes movimentos políticos, econômicos, tecnológicos e sociais que o mundo tem experienciado. Os passos seguintes objetivam acompanhar o que de mais importante aconteceu com o contrato nesse caminhar.

1.2 As transformações contemporâneas do contrato

O marco referencial do contrato, conquanto possa ter seu início reportado a outros momentos, será fixado, para este trabalho, no período das grandes codificações.

O Código napoleônico, idealizado sob o calor da Revolução, considerava a convenção o gênero do qual o contrato era uma espécie. O contrato era mero instrumento para a aquisição da propriedade e o acordo de vontades era garantia para as classes dominantes (burgueses e proprietários). A vontade determinava exclusivamente a transferência de bens.⁵³

O contrato, no sistema francês, se eleva como ponto máximo do individualismo, tem sua validade e obrigatoriedade atreladas ao desejo das partes, tendo assim

⁵⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p.26.

⁵¹ Definição dada pelo Código Civil de Québec (art.378, AL. I e art. 1433, AL. I). Apud LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2005, p.26-27.

⁵² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.4.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.3.

sido desejado por elas. Assim o art.1.134 do Código napoleônico: “As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei”.⁵⁴

Com o Código alemão, promulgado quase um século depois, o contrato passa a pertencer à categoria mais geral, é subespécie da espécie maior, o negócio jurídico. Conquanto veículo para transferência da propriedade, não a opera.⁵⁵

Leciona Orlando Gomes que o processo econômico e a exigência de generalização das relações de troca ensejaram a construção do negócio jurídico como gênero do qual o contrato é a principal espécie. Daí, surge o contrato como categoria que serve a qualquer relação entre sujeito de direito e pessoas independentemente de sua posição ou classe social:

não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos [...] nem se consideravam os valores de uso mas somente o parâmetro de troca [...] tratava-se do mesmo modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa.⁵⁶

O contrato, em sua concepção clássica, originada desde os séculos XVII e XVIII e recepcionada pelas grandes codificações a partir do Código de Napoleão de 1804, representava, ao lado de outros institutos do direito privado, “o triunfo de uma liberdade individual do agir humano, em vista da satisfação de seus próprios interesses”.⁵⁷

Esclarece Bruno Miragem que os traços essenciais do contrato – a relatividade e a imutabilidade de seus termos – foram consagrados a partir desse “estado de liberdade”, sob a influência do liberalismo econômico, avesso à intervenção por terceiros no conteúdo dos contratos, seja no que tange ao controle ou limitação de seu conteúdo.⁵⁸

O estado social se impõe progressivamente a partir do século XIX e princípios do século XX e, ato contínuo, esmaecem as posições liberais acerca da autonomia da vontade no ambiente negocial, cuja consequência tem sido o avanço da intervenção estatal

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.363.

⁵⁵ Idem. *Ibidem*, p. 363.

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.7.

⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. A função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.177.

⁵⁸ Idem. *Ibidem*, p.177

no processo econômico, a qual varia em intensidade de acordo com o tempo e a região geográfica considerada.⁵⁹

O contrato nos moldes clássicos destaca maior significação à proteção normativa do acordo de vontades, ao disciplinar cuidadosamente a declaração de vontade e os vícios que poderiam anulá-la, ou mesmo protegia os que não tinham condições de emití-la de forma livre e consciente como os menores enfermos, por exemplo.⁶⁰

Fazendo um paralelo entre o modelo clássico com os atuais contratos massificados, ou de adesão, Orlando Gomes constata que a proteção normativa do acordo de vontade quase não se aplica nestes. A preocupação nos atuais contratos de adesão desloca-se para a defesa dos aderentes por meio da proibição normativa de cláusulas iníquas.⁶¹

À luz do direito contemporâneo, são identificados três principais fatores para as transformações na teoria geral do contrato: 1º) a insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as partes, atribuído ao princípio da igualdade formal; 2º) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; e 3º) a intromissão do Estado na vida econômica.⁶²

Quanto ao primeiro fator, identifica Orlando Gomes que “o desequilíbrio determinou a técnica do tratamento desigual, cuja aplicação tem no Direito do Trabalho o exemplo mais eloquente”. Relativamente ao segundo, aduz às técnicas “impostas pela massificação de certos contratos” e, por último, no que diz respeito ao terceiro fator, refere-se à política de intervenção estatal, que “atingiu o contrato na sua cidadela”, ao restringir a liberdade de contratar na sua tríplice expressão de liberdade: de celebrar o contrato, de escolher o outro contratante e de determinar o conteúdo do contrato.⁶³

São ressaltadas também três modificações no regime jurídico do contrato as quais são igualmente reveladoras de tentativas para os ajustes do desequilíbrio. Essas transformações, no entendimento de Orlando Gomes, implicaram mudanças no âmbito das

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1

⁶⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.8-9.

⁶¹ Idem.Ibidem, p.8-9.

⁶² Idem.Ibidem, p.8-9.

⁶³ Idem.Ibidem, p.8-9.

preocupações do legislador acerca da rigidez do contrato e essa é a consequência de maior relevância.⁶⁴ São elas:

promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica ou socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica;

legislação de apoio aos grupos organizados, como os sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte;

dirigismo contratual, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder público.⁶⁵

Nas palavras de Bruno Miragem, o instituto do contrato é “conceito que se encontra em transformação”, porquanto o fundamento tradicional da prevalência da liberdade individual ou autonomia da vontade cede espaço à intervenção estatal – que ele denomina “Estado-Legislator” e “Estado-Juiz” – a qual toma corpo na proteção do que se intitulou “nova concepção de contrato”.⁶⁶

Essa nova concepção é referida por Cláudia Lima Marques⁶⁷ como “concepção social do contrato” e tem como pressuposto proteger, de um lado, as relações entre as partes, seus interesses e a confiança, e, de outro lado, os efeitos do contrato diante da comunidade vista como um todo.⁶⁸

Arnold Wald sustenta que “a velha obrigação estática não mais responde aos anseios sociais”, sua “moldura” precisaria de ajustamentos diante da nova realidade que resulta da rápida evolução tecnológica globalizada e da dinâmica das relações obrigacionais. Quer dizer, diante das mudanças da realidade, não se configura a morte ou o declínio do

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.8-10.

⁶⁵ Idem. *Ibidem*, p. 9.

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. A função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.176.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.175. Apud MIRAGEM, Bruno. A função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.177.

⁶⁸ MIRAGEM, Bruno, *op.cit.*, p.177.

contrato⁶⁹, o direito teve como resposta, ao contrário, sua atualização e modernização mediante “a releitura e a reconstrução parcial de seus princípios”.⁷⁰

E prossegue aquele mesmo autor acerca do atual contexto social de mudanças e do mandamento de eficiência estatal inserido no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988⁷¹:

A sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica, que se baseiam na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas. Num mundo em constante transformação, o contrato deixa de definir direitos necessariamente imutáveis e situações jurídicas estratificadas para ser um instrumento de parceria no qual as partes estabelecem um determinado equilíbrio econômico e financeiro que pretendem salvaguardar, fazendo as adaptações contratuais necessárias para tal fim. Não desaparecem, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar, mas ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução, bem como de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional.⁷²

Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que “não há mais Estado que se abdique da atuação reguladora da economia”, pondera que essa nova postura reflete na teoria do contrato acrescentando outros princípios aos originais clássicos de matiz liberal, cujo efeito, a par de se imprimir menor rigidez ao direito contratual, se traduz em seu enriquecimento com “apelos e fundamentos éticos e funcionais”.⁷³

São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade e assim se formulam, segundo Antônio Junqueira de Azevedo:

as partes podem convencionar o que querem e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*;

o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais;

⁶⁹ GRANT GILMORE, The death of contract, 2. ed. Collins, Ohio State University, 1995. Apud WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 56.

⁷⁰ WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 56.

⁷¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

⁷² WALD, Arnold.op.cit., p.57.

⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros [...] – princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira Meade do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel da ordem pública, acrescentando-se, pois, segundo alguns, um quarto princípio, dito ‘princípio da supremacia da ordem pública’ (na verdade, antes um limite que um princípio).⁷⁴

Prossegue o ilustre professor, comparando o atual momento a “uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual, algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas”. Em suas próprias palavras:

Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios.⁷⁵

Os três novos princípios, segundo Antônio Junqueira, são a boa-fé-objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato. Para Humberto Theodoro Júnior, a incorporação desses princípios segue a melhor doutrina e legislação europeias.⁷⁶

O princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), colocando-se ao lado dos vínculos criados pelo acordo de vontades e inteiramente desligado do elemento volitivo, baliza sua atenção no comparativo com a atitude que se esperaria de um homem médio. Na formação e execução do contrato, é aferido pelos usos e costumes observados pelas pessoas honestas. O dever de lealdade e boa-fé persiste desde a fase pré-contratual, continua na definição do ajuste, do cumprimento e até mesmo depois de exaurido o vínculo.⁷⁷

O princípio do equilíbrio econômico do contrato (art. 478 do Código Civil), ou sinalagmático, confere proteção contra a lesão e a onerosidade excessiva. No primeiro caso, pela desproporcionalidade das prestações assumidas por quem, por exemplo, submete-se a premente necessidade ou mesmo por inexperiência (art. 157 do Código Civil). No segundo caso, nas hipóteses de superveniência de acontecimentos extraordinários que resultem em

⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 199-200.

⁷⁵ Idem. Ibidem, p. 199-200.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10-11.

⁷⁷ Idem. Ibidem, p. 10-11.

desequilíbrio do valor da prestação – excessiva para uma das partes, vantajosa demais para a outra. Nesse caso, prevê-se a revisão dos termos contratuais ou sua resolução com vistas ao reequilíbrio da prestação e da contraprestação (arts. 478 e 479 do Código Civil).⁷⁸

Sobre o princípio da função social, Antônio Junqueira de Azevedo afirma diferir do da ordem pública, “tanto quanto a sociedade difere do Estado”. Acrescenta,

Trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas [...]. A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170 caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.⁷⁹

Em síntese apresentada por Eugênio Facchini Neto, o contrato, visto pelo ângulo de suas funções clássicas, propicia previsibilidade, certeza e segurança jurídica para as partes. Lembrando Roppo, caracteriza o contrato como “instrumento privilegiado para a circulação da riqueza, oferecendo as vestes jurídicas de uma operação econômica”.⁸⁰

Nessa mesma ótica clássica, no entendimento do Ministro Eros Grau, cada parte tem a aparente certeza e a segurança que desse vínculo deflui de que, “na hipótese de descumprimento, do contrato, poderá recorrer a meios jurídicos adequados à obtenção de reparação para esse descumprimento, ou mesmo a execução coativa da avença”.⁸¹

Pelo prisma da modernidade, ou, mais precisamente, a partir da influência do Direito Social e da interferência do Estado na regulamentação do mercado, Eugênio Facchini Neto recorre a Roppo para explicar que os objetivos dessa regulamentação são justiça e eficiência, ambos conexos. O objetivo justiça é alcançado pela proteção do

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). In:TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.).*Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 199-200.

⁸⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado.In:TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 125.

⁸¹ GRAU, Eros Roberto. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado.In:TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 125-126.

contratante débil; enquanto o objetivo eficiência é alcançado por meio da exclusão, do mercado, das empresas menos eficientes (aquelas que optam por explorar posição dominante em vez de aumento de lucratividade por redução de custos e inovação tecnológica etc.).⁸²

O mesmo autor invoca igualmente a Jacques Ghestin, que identifica no contrato a função de garantir trocas úteis e justas, “o contrato é obrigatório porque ele é útil sob a condição de ser justo, isto é, conforme a justiça contratual. O útil e o justo aparecem, assim, como os princípios fundamentais da teoria geral do contrato”.⁸³

Nelson Rosenvald, ao tratar da função social referida no art. 421 do Código Civil, conceitua o contrato nos tempos atuais da seguinte maneira:

Um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1.,CF), na qual o “estar para o outro” converte-se em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais.⁸⁴

Na atualidade contratual, haveria significativas mudanças na mística da vontade ou no exacerbado dogma da vontade a que se refere Roppo. Haveria algo novo com estreita ligação com os Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF)⁸⁵ e da Ordem Econômica (art. 170, CF), assunto a ser examinado a partir da próxima seção.

1.3 Autonomia da vontade e suas transformações

Aqui, encontrar-se-ão as bases para a intervenção legislativa no âmbito do conteúdo dos contratos para a funcionalização, bem como para vislumbrar-se o contrato como fato social.

⁸² ROPPO, Vincenzo. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 126-127.

⁸³ GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 127-128.

⁸⁴ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. *MPMG jurídico*, Belo Horizonte, Ano II, n. 9, p.10-20, abr/mai/jun 2007.

⁸⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 maio 2011.

Gerson Luiz Carlos Branco esclarece que “o debate em torno do conceito de negócio jurídico foi o condutor das discussões sobre a autonomia privada.”⁸⁶ Ilustra a afirmação apoiando-se em Roppo:

Roppo chega a afirmar que não seria possível no direito italiano ou germânico tratar de temas como função, disciplina e reconstrução doutrinária do contrato prescindindo da figura do negócio jurídico, que está sobreposta ao contrato. Argumenta que o negócio jurídico atua como fator de simplificação e racionalização da linguagem e do raciocínio jurídico, não obstante essa generalização tenha funcionado historicamente como mecanismo de distanciamento da discussão jurídica da realidade social, razão pela qual o negócio cumpre melhor a função ideológica da autonomia privada tal qual concebida pela teoria da vontade.⁸⁷

O mesmo autor reporta-se à experiência francesa pós revolucionária para explicar a natureza *sacro-saint* atribuída à autonomia da vontade, então considerada princípio político. Explica o acolhimento dessa concepção pela doutrina brasileira posterior ao Código Civil de 1916, em razão da grande e forte influência da doutrina francesa lida nos cursos jurídicos brasileiros durante todo o século XX.⁸⁸

No mesmo estudo, aquele doutrinador aponta período bem anterior a 1916 para os questionamentos aos fundamentos teóricos da teoria da vontade na Europa, principalmente na Alemanha, em meio às transformações sociais advindas desde a segunda metade do século XIX:

as mudanças sociais tornaram insubsistente o papel da lei como garantia da igualdade formal, em razão do surgimento de diplomas legislativos para setores específicos da vida social, com regime jurídico diferenciado para as partes (empregado e empregador, locador e locatário etc.). Isso foi acompanhado pela mudança de posição em relação à burguesia industrial, que no início do século XIX era “compradora” de terras e, no final do século XIX, passou à posição de vendedora de mercadorias, pois formada fundamentalmente pelos comerciantes. A contraposição da burguesia industrial não se dava mais com a classe fundiária, mas com a massa de “consumidores.”⁸⁹

Vê-se, portanto, um ponto de inflexão na teoria da vontade do negócio jurídico, ou subjetivista. Nesse momento, a teoria da declaração conferia maior segurança à

⁸⁶BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.6.

⁸⁷ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p.50

⁸⁸BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Op. cit., p.12.

⁸⁹Idem. Ibidem, p.21.

classe mercantil, resultando em mudanças na função do contrato, porquanto, lembrando, a teoria da declaração afirma que “a força da própria vontade deriva do direito objetivo e não da vontade em si. Seus efeitos são atribuídos por lei, representando uma força secundária, que é origem do ato, força motriz que determina o conteúdo dos deveres.”⁹⁰

Tal fenômeno ocorre na esteira do que se convencionou denominar “a mercantilização do direito”. A teoria da declaração fora sustentada pelos pandectistas de segunda geração nesse momento da expansão e desenvolvimento do comércio. Na verdade, não havia demasiado afastamento da concepção voluntarista, discutia-se qual a vontade que deveria prevalecer, a interna ou a vontade declarada, uma e outra corrente da teoria contratual posicionando-se em direção a cada uma das hipóteses, mas no âmbito da vontade.⁹¹

Gerson Luiz Carlos Branco, embora refira-se a antecedentes que surgiram desde 1840, aponta Oskar von Büllow que, em 1899, desenvolveu uma teoria geral da declaração da vontade, propondo a célebre distinção entre vontade da declaração e vontade de efeitos. A conclusão de Büllow é que “a vontade de efeitos é inútil, enquanto a vontade da declaração é indispensável. A autonomia da vontade, de potência criadora de direitos, tem seu papel reduzido a quase nada”. Este um marco no cenário jurídico alemão para que se afastasse o voluntarismo como “concepção única do direito contratual” na construção de uma teoria do negócio jurídico.⁹²

Conclui ter o processo de objetivação embasado teoricamente a intervenção legislativa no âmbito do conteúdo do contrato e o “nascimento da preocupação funcional”. Explica argumentando que o mesmo processo de objetivação reconhece o contrato como fato social, ao revelar uma dimensão externa à relação entre as partes, exigindo o estabelecimento de regras sobre a forma de relacionamento do ato de vontade com o ordenamento jurídico e com a vida sócio-econômica.⁹³

⁹⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.22.

⁹¹ CASTRO Y BRAVO, Frederico de. Apud AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10-11.

⁹² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. op.cit., p.23.

⁹³ Idem. Ibidem, p.28.

No estágio a seguir, adentrar-se-á nas ideias que deram origem à função social dos contratos, com destaque para os precursores Cimbali e Emílio Betti, cujas vozes repercutem no art. 421 do Novo Código Civil.

1.4 Função social

A função social no Direito Civil é tema polêmico e submetido à intensa controvérsia, capaz mesmo de despertar ideologias⁹⁴. Relativamente ao contrato, a função social remonta ao século XIX e não há ainda consenso doutrinário sobre seu significado.⁹⁵

Orlando Gomes foi um dos pioneiros a dar-se conta da função social do contrato. Eis as palavras do ilustre jurista baiano:

O fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social.⁹⁶

Miguel Reale assim expressou-se acerca do assunto: “É natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes, sem conflito com o interesse público.”⁹⁷

Tanto Miguel Reale quanto Antônio Junqueira de Azevedo⁹⁸ vinculam a ideia de função social do contrato ao valor social da livre-iniciativa.⁹⁹ Miguel Reale liga a função social do contrato à função social da propriedade, nos seguintes termos: a função

⁹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, prefácio.

⁹⁵ Idem. Ibidem, p.40.

⁹⁶ GOMES, Orlando. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 128.

⁹⁷ REALE, Miguel. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 128.

⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 128.

⁹⁹ REALE, Miguel. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 128-129.

social é “mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica”.¹⁰⁰

Quanto à doutrina estrangeira, Gerson Luiz Carlos Branco assegura, dentre aqueles que influenciaram o pensamento jurídico brasileiro – influência que possivelmente está refletida na cláusula geral do art. 421 do Código Civil – que os primeiros a enfrentar o tema foram Jhering, Cimbali, Karl Renner e Léon Duguit, ainda no século XIX. Depois, Emílio Betti, que formou gerações de juristas italianos, os quais têm relação direta com a formação da cultura contratual brasileira, encontrando-se, assim, seu pensamento vivo em nosso contexto jurídico.¹⁰¹

Judith Martins-Costa destaca, dentre os autores alinhados por Gerson Luiz Carlos Branco, Enrico Cimbali como o primeiro a usar a expressão função social do contrato. Martins-Costa atribui à Cimbali o mérito de ter percebido ainda nos anos noventa do século XIX o movimento da decodificação do Direito que surgiria adiante, além de ter introduzido a “ideia de não ser o Direito indiferente à necessidade de harmonização entre os interesses individuais e sociais”.¹⁰²

Cimbali, no entendimento de Martins-Costa, “pensou efetivamente numa espécie de dialética da complementaridade a polarizar os contratos, conferindo-lhes um caráter instrumental de reconciliação e integração do individual com o social”. A proposição de Cimbali, nesse sentido:

Um equilíbrio entre a busca dos interesses individuais (prover sua subsistência, ou interesses próprios) e a realização de interesses sociais (subsistência da agregação social da qual o contratante, como ser social, participa).¹⁰³

Sobre a pessoa de Cimbali, Martins-Costa aponta ter sido socialista e siciliano, e considerado, na Itália, como “romântico e ingênuo materialista histórico”. No

¹⁰⁰ REALE, Miguel. Apud, FACCHINI NETO, Eugênio Fachini. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 129.

¹⁰¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.40.

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos : interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.XIV do prefácio.

¹⁰³ Idem. Ibidem, p. XIV do prefácio.

Brasil, repercutiu em Beviláqua e Vicente Ráo, contribuindo com alguma renovação em nosso Direito Civil pela primeira metade do século XX. Foi esquecido depois.¹⁰⁴

Outro autor destacado por Martins-Costa é o italiano Emilio Betti, de geração posterior à Cimballi. Betti propõe a noção objetiva de causa como função econômica e social a que estão adstritos os contratos em sua tipicidade. Tanto o pensamento de um, quanto do outro, podem ser tidos “como marco central da concepção subjacente do art. 421 do Código Civil”. Martins-Costa resume o pensamento de Betti da seguinte maneira:

Ao estabelecer uma perspectiva de teoria geral do negócio jurídico cujo centro está enucleado no reconhecimento da autonomia privada como fato social, Betti percebe que esse fato social é recepcionado pelo ordenamento sob a forma de um preceito, cuja função é reconhecer o poder que os particulares têm de regulamentar um determinado setor de sua vida. Consequentemente, a função social do contrato é a sua causa e está associada com a ideia de função social típica dos negócios da vida privada. A ligação entre os planos econômico e jurídico tem natureza dialética de recíproca determinação: o ato de vontade determina o conteúdo do preceito, mas este somente produz efeitos se o seu conteúdo for coincidente com o substrato econômico e social que lhe é subjacente. Portanto, há uma relação recíproca de dever-ser entre o plano jurídico e o plano da vida de relação.¹⁰⁵

No próximo passo, ver-se-á então a função social dos contratos no contexto do Código Civil de 2002.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.XIV do prefácio.

¹⁰⁵ Idem. Ibidem, p.XV do prefácio.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E O SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL

A relação entre função social dos contratos e o sistema do Código Civil é de suma importância, porquanto, como se verá adiante, abriga um dos pilares para o desfecho do problema de que se ocupa o presente trabalho.

2.1 – A noção de sistema

Sistema, de acordo com o Dicionário Aurélio, é substantivo masculino que significa: “1.Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação. 2.Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada.”¹⁰⁶

Segundo Judith Martins-Costa, “a noção de sistema supõe, em matéria jurídica, pelo menos a reunião de certos elementos em um conjunto organizado e ordenado e a unitariedade das fontes de sua produção”. Divide-se em sistema externo e sistema interno.¹⁰⁷

Sistema externo supõe a noção de um todo ordenado, organizado segundo certos critérios, ou, de forma mais resumida, a reunião metodicamente ordenada da matéria jurídica. Nesta acepção, sistema significará “a ordem através da qual vem exposto o resultado de certas pesquisas ou elaborações, ou um complexo de ideias, ou de matérias, ou a síntese destas”.¹⁰⁸

A expressão sistema interno (ou intrínseco) é mais recente, remonta à pandectística oitocentista, e conota a “ideia de algo que possui, internamente, laços imanentes de conexão, sendo estes laços passíveis de articulação via operações dedutivas entre as diversas ordens de grandeza que o compõem”.¹⁰⁹

A expressão sistema interno, esclarece Martins-Costa:

se endereça ao discurso do sistema axiomático, ou dedutivo, tradicionalmente definido como uma totalidade organizada em virtude de

¹⁰⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p.1.594.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 41.

¹⁰⁸ Idem.Ibidem, p. 42.

¹⁰⁹ Idem.Ibidem, p. 42.

suas conexões internas, como se fala em sistema solar, sistema decimal ou sistema métrico.¹¹⁰

A diferenciação entre sistema interno e externo pode se fazer em relação ao que não pertence ou não forma o sistema, ao que está fora dele, pelo viés da não-identidade, como sistema fechado ou sistema aberto. Explicando-se de forma detalhada, nas próprias palavras de Martins-Costa:

Se não têm válvulas de escape que o ligue com os elementos circundantes, diz-se sistema fechado. O sistema fechado é o que se auto-referencia de modo absoluto – é exclusivo e excludente. Se, contrariamente, comporta estas válvulas, chama-se sistema aberto. Evidentemente não se pode entender a expressão sistema aberto em sua literalidade. Um sistema completamente aberto é um não-sistema, uma *contradictio in terminis*. Devemos, pois, entender por sistema aberto um sistema que se auto-referencia de modo apenas relativo. Não é, portanto, excludente do que está às suas margens, possuindo mecanismos de captação do seu entorno e de ressystematização destes elementos.¹¹¹

Cabe, no mais, para melhor entendimento do que seja sistema, assentar-se a diferença entre ordenamento e sistema. Segundo a autora em destaque, “ordenamento e sistema não são termos sinônimos”. O ordenamento é o “conjunto das normas que regulam a vida jurídica em certo espaço territorial”. O sistema “exprime as ligações, nem sempre existentes, entre estas normas”. Eis suas palavras:

O ordenamento é, assim, uma espécie de “ecossistema”, que pode abranger uma ampla variedade de sistemas e subsistemas normativos. Existem normativos que fixam o direito num sistema fechado de regras jurídicas, como, durante um certo tempo, se pretendeu ocorrer com os direitos da “família” romano-germânica, vinculando-se o qualificativo “fechado” ao fato de as normas integrantes do ordenamento provirem de uma única fonte e estarem articuladas logicamente entre si, não admitindo intervenções “externas”. E existem aqueles que o concebem como um *conjunto de soluções* – não necessariamente entre si articuladas – derivadas de variadas fontes, por exemplo, do caso, como os da “família” anglo-americana contemporânea e, no passado, o direito romano.¹¹²

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

¹¹¹ Idem. Ibidem, p. 43.

¹¹² Idem. Ibidem, p. 44.

Um e outro modelo exigem métodos de raciocínio diferentes para sua aplicação, axiomático no sistema fechado e tópico no sistema que operam a partir do caso:

O pensamento jurídico dito axiomático opera por meio de deduções lógicas, podendo deduzir todas as proposições a partir de certas noções, ou proposições, ou axiomas, ou ainda princípios fundamentais. De outro lado, nos conjuntos normativos que operam a partir do caso, o método de raciocínio será o *tópico*: o raciocínio não parte do sistema, mas do caso particular, buscando as premissas que poderão, eventualmente, ser válidas para a solução do caso particularmente considerado.¹¹³

Alerta a renomada autora que seria indevido intitular de sistema os direitos que operam com base no raciocínio tópico, pois ele é assistemático, ou não-sistemático.¹¹⁴

Resta mais um conceito, o de códigos totais, que será analisado na sequência, quando então se identifica o sistema que caracteriza o Novo Código Civil.

2.1.1 O sistema do Novo Código Civil

Define Judith Martins-Costa como códigos totais aqueles “típicos da modernidade oitocentista, totalizadores e totalitários”. Esses códigos, interligando sistematicamente regras casuísticas, pretenderam cobrir todos os atos possíveis e os comportamentos devidos na esfera privada. Prevvia-se “soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura”.¹¹⁵

Os Códigos totais primam pela precisão da linguagem e expressam um sistema fechado porque:

empregando a técnica da casuística, centrada em modelos cerrados, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas consequências, sua linguagem dificilmente permite comunicação com a realidade que está em seu entorno, notadamente com os chamados “elementos metajurídicos”, tais como valores éticos, dados econômicos, científicos, tecnológicos, elementos de ordem social etc. Por esta razão, para a regulação dos novos problemas, faz-se necessária a constante intervenção legislativa.¹¹⁶

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

¹¹⁴ Idem. *Ibidem*, p. 44.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115-116.

¹¹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 116-117.

Como exemplo, o código francês, construído para não sofrer intervenções da realidade nem da jurisprudência. Acreditava-se que “a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total apreensão da realidade nos lindes do *corpus* codificado”.¹¹⁷

Enfim, o modelo oitocentista de código espelhava o sistema fechado, fiel às concepções iluministas, e pretendia revestir-se de “plenitude lógica e completude legislativa”.¹¹⁸

O modelo de sistema subjacente ao novo Código Civil, no entanto, segue em sentido oposto, porquanto adota outros pressupostos metodológicos. Foram adotadas, em sua construção, duas soluções técnicas diferentes, uma associada à responsabilidade da jurisprudência, que foi o emprego de cláusulas gerais; a outra, alusiva ao legislador, que, no futuro, se encarregará de editar leis aditivas ao Código.¹¹⁹

Quanto às leis aditivas, esclarece Martins-Costa que são necessárias em campos como o Direito de Empresa e o Direito de Família, porquanto sujeitos à maior mutabilidade dos imperativos de ordem social e econômica. Isso não obstante, estas futuras leis permanecem “vinculadas ao Código, ‘eixo central’, pela ligação aos valores e aos conceitos genéricos ali postos com a função de assegurar a unidade (relativa) do sistema”.¹²⁰

O Código Civil, do ponto de vista da técnica legislativa, caracteriza-se como um “eixo central” e como um “sistema aberto”, explica a autora. Entende, assim, decorrer esta característica da linguagem empregada, a qual permite constantes incorporações e soluções de novos problemas, seja pela via jurisprudencial ou pela ação legislativa.¹²¹

Quanto à expressão eixo central, esclarece ser de autoria de Clóvis do Couto e Silva e indica, tal expressão, justamente “o aspecto não totalitário do Código, mas a sua

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115

¹¹⁸ Idem. Ibidem, p. 115.

¹¹⁹ Idem. Ibidem, p. 117.

¹²⁰ Idem. Ibidem, p. 117.

¹²¹ Idem. Ibidem, p. 118.

função de centro do sistema das relações civis, necessariamente ligado ao que está às suas margens, isto é, tanto às leis aditivas quanto à realidade social, econômica e cultural”.¹²²

Por isso, relaciona a inspiração que norteou a construção do Código com a utilizada na estrutura constitucional, “que requer leis complementares, bem como da sua linguagem, farta em modelos jurídicos abertos”. Conclui com a metáfora de que:

um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.¹²³

Cabe agora adentrar-se ao processo legislativo do Código Civil, para melhor entendimento acerca da forma como a cláusula geral de seu art. 421 foi então concebida e inserida no sistema.

2.2 Função social dos contratos no processo legislativo do Código Civil

A presente análise é indispensável à compreensão da função social dos contratos, entendido que, mesmo sem a compreensão das ideias que nortearam o processo legislativo ou da concepção posta no Código Civil, “ainda é possível aplicar a disposição legal, dado o princípio de que ao juiz é vedado negar jurisdição, mas em tal caso estará faltando um alicerce minimamente sólido que permita o controle das decisões judiciais”.¹²⁴

Nos anos 60 do século passado, quando o Código de Beviláqua de 1916 aproximava-se de seu cinquentenário, estavam presentes dois movimentos: um na Europa, descodificação civil, sintetizado depois por Natalino Irti (*L'età della decodificazione*)¹²⁵ ; e outro no Brasil, que era a exaustão do individualismo em matéria de direitos patrimoniais, presente no Código de 1916, “ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil”.¹²⁶

¹²² MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117, nota de rodapé 89.

¹²³ Idem. Ibidem, p. 118.

¹²⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

¹²⁵ IRTI, Natalino. Apud MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89.

Antes, em 1941, resultou infrutífera a tentativa de mudança do Direito das Obrigações por meio do Anteprojeto de Código das Obrigações elaborado pelos Professores Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, que se inspirava no modelo do Código Suíço das Obrigações. Em 1961, Caio Mário da Silva Pereira afirmava, em obra didática, que “hoje em dia, os juristas brasileiros estão convencidos da necessidade de ser revisto e atualizado o Código Civil”.¹²⁷

Naquele mesmo ano, o Governo Federal convidou o Professor Orlando Gomes a redigir um Anteprojeto de Código Civil, o que tomou corpo em 1963 com o contrato firmado. Em 1964, o texto apresentado foi convertido em Projeto e enviado à Câmara dos Deputados.¹²⁸

Paralelamente ao Projeto Orlando Gomes, destinado a regular as relações de família, propriedade e sucessões, foi contratado, em 1963, o Professor Caio Mário da Silva Pereira, o qual, em 1964, apresentou o Anteprojeto de Código das Obrigações, que elaborara juntamente com os juristas Sylvio Marcondes e Theóphilo de Azeredo Santos. Tendia o governo a fraturar o Direito Civil, cindindo o Direito das Obrigações do corpo do Código.¹²⁹

O governo militar, iniciado em março de 1964 e alongado até 1985, retirou esse Projeto do Congresso Nacional para que se procedesse à sua revisão, já afastada a ideia de codificar separadamente o Direito das Obrigações. O Projeto do Código Civil de 1963 (Relator Orlando Gomes; a comissão revisora era integrada também pelos professores Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira), inspirou-se nos Códigos Civis da Suíça, Itália, Grécia, México e Peru, e “propunha modificações radicais na própria estrutura do Código, não mais acolhendo a divisão em Parte Geral e Parte Especial”. As mudanças no Direito de Família “não foram bem aceitas pela comunidade jurídica, dado o estágio conservador então dominante na sociedade brasileira, na época antídivorcista”.¹³⁰

Em 1969, o governo nomeou nova Comissão para rever e reelaborar ambos os Projetos, então presidida por Miguel Reale, advogado e jurista, professor catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e integrada por

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89.

¹²⁸ Idem. Ibidem, p. 90.

¹²⁹ Idem. Ibidem, p. 90.

¹³⁰ Idem. Ibidem, p. 90.

José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito da empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).¹³¹

Esta Comissão configurava uma “escola de pensamento”, formada por professores cultos e com grande vivência prática. Todos eram advogados ou juízes.¹³²

Nas palavras do próprio Miguel Reale, a formação da comissão, a par de atender ao requisito de alta competência doutrinária, também atendeu ao de “afinidade intelectual, sem a qual seria impossível levar a bom termo um trabalho que, mais do que qualquer outro, exige harmonia das partes no todo, numa unidade sistemática”. Acrescenta que convidou juristas dos mais diversos pontos do País, que mantinham vínculos de compreensão e amizade, de sorte que se evitariam acusações de bairrismo.¹³³

A Comissão elaborou novo texto com subsídios dos anteriores. Este novo texto superou a ideia da fratura do Código Civil, ao reintroduzir em seu conteúdo o direito das obrigações e promover a unidade do direito das obrigações civis e comerciais, “verdadeira vocação da experiência jurídica brasileira”, nas palavras de Reale, porquanto retoma a ideia de Teixeira de Freitas, rejeitada por Beviláqua no Código Civil de 1916, ao invés de copiar o código italiano de 1942.¹³⁴

Teixeira de Freitas, para implementar a noção de sistema, defendera a divisão em Parte Geral e Parte Especial quando da Consolidação das Leis Civis, cuja aprovação se deu em 1858 pelo Governo Imperial, mais de três décadas antes da promulgação do Código Civil alemão.¹³⁵

Em 1972, o Anteprojeto foi apresentado à comunidade jurídica e à sociedade e, em 18.06.1974, foi republicado e encaminhado ao Congresso Nacional. Na Câmara, foi aprovado em 09.05.1984 e, no Senado, permaneceu até novembro de 1997, após atualização por parte da Comissão Especial que o examinou – sendo Relator-Geral o Senador

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.

¹³² Idem. Ibidem, p. 92.

¹³³ Idem. Ibidem, p. 91-92.

¹³⁴ Idem. Ibidem, p. 92.

¹³⁵ Idem. Ibidem, p. 90.

e Professor de Direito Josaphat Marinho, com auxílio de Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves, os dois únicos membros da Comissão Elaboradora ainda em atividade naquele período – e de outros juristas e entidades, como Fábio Konder Comparato, Luiz Edson Facchin, Álvaro Villaça de Azevedo, Mauro Brandão Lopes, entre outros. Após retornar à Câmara dos Deputados em 1998 e recebido várias alterações, notadamente no Direito de Família, o projeto foi finalmente sancionado em 2002, não sem enfrentar fortes críticas nos meios acadêmicos e a oposição formal da Ordem dos Advogados do Brasil.¹³⁶

O art. 421 do Código Civil teve sua elaboração a cargo de Miguel Reale, que na Exposição de Motivos, afirmou o seguinte acerca dos objetivos desse dispositivo:

[...] tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais de boa-fé e de probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à construção ética da experiência jurídica.¹³⁷

Tal artigo sintoniza-se com o pensamento de seu autor, tanto no que tange ao ponto de vista da estrutura da norma jurídica, quanto do ponto de vista econômico:

Segundo ele, a intervenção do estado na economia não limita os contratos, bem como, o conteúdo do artigo 421 deriva do princípio constitucional da função social da propriedade.¹³⁸

Segundo Gerson Luiz Carlos Branco, os fenômenos funcionalização e socialidade estão indicados pelo vínculo do dispositivo do art. 421 do Código Civil à interpretação sistemática e compreensão global do pensamento de Miguel Reale. A concepção da função social posta no Código Civil, e que veio a ser aprovada pelo legislador, portanto, traduz o entendimento de que “a função social do contrato não é mero limite à liberdade de

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 94-95.

¹³⁷ REALE, Miguel. Exposição de Motivos. Diário do Congresso Nacional (Seção I), Suplemento, 14-9-1983, p.123. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

¹³⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

contratar, mas elemento integrante e indissociável, que pressupõe a adoção de determinada ideia de contrato”.¹³⁹

Entende referido autor que o substrato do Código Civil vigente, por ter se originado da ideia que permeia as diretrizes da Exposição de Motivos, tem seu sentido preservado inclusive nas hipóteses de modificações fáticas e legislativas. Isso significa que, mesmo na hipótese de o art. 421 do Código Civil vir a ser suprimido do Código pela aprovação de uma nova lei, por exemplo, a função social não será eliminada, porquanto a “funcionalização do contrato e a valoração de seu condicionamento social estão presentes em uma série de dispositivos de caráter estruturante”.¹⁴⁰

Fundamental ao entendimento da função social dos contratos, por conseguinte, o exame das diretrizes da Exposição de motivos, a seguir.

2.2.1 – A análise das diretrizes da Exposição de Motivos

As diretrizes fundamentais da Exposição de Motivos, que comportam as ideias-mestras associadas à função social dos contratos, podem ser estudadas em três partes: diretrizes que tratam do papel do Código Civil no âmbito do Direito Privado; diretrizes que tratam da modificação e conservação do conteúdo do Código Civil; e diretrizes metodológicas para estruturação das normas e da linguagem do Código Civil.¹⁴¹

2.2.1.1 O papel do Código Civil no âmbito do direito privado

A primeira diretriz define o Código Civil como lei básica, mas não total do direito privado¹⁴². Resulta das discussões acerca da unificação do direito privado em um só código e do caráter totalizante ou não desse código, discussões essas que remontam a Teixeira de Freitas e se alongam nos últimos 30 anos.¹⁴³

As seguintes ações levadas a cabo pela Comissão Elaboradora do Código Civil definiram-no como eixo do direito privado: a) a unificação das obrigações civis e

¹³⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

¹⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 97.

¹⁴¹ Idem. Ibidem, p. 98.

¹⁴² REALE, Miguel. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos, op. cit., p. 98.

¹⁴³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

mercantis e seu tratamento conjunto no Código Civil; b) a manutenção de uma parte geral do Código; c) a utilização de técnica legislativa similar à do texto constitucional, no sentido de prever a integração do Código Civil com a legislação extravagante presente e futura; e d) a eficácia imediata da função social dos contratos.¹⁴⁴

2.2.1.1.1 A unificação das obrigações civis e mercantis

A concepção de função social dos contratos no Código Civil pressupõe a unificação do Direito das Obrigações civis e mercantis, a qual se tornou possível no processo legislativo a partir do reconhecimento da teoria da empresa.¹⁴⁵ Ao final do processo, com o fortalecimento do direito comercial por meio do nascimento do direito da empresa, houve uma “comercialização” do direito privado, em vez de sua “civilização”.¹⁴⁶

Miguel Reale, na Exposição de Motivos, afirma expressamente que, ao se propor a unidade do Direito das Obrigações, se adotou a linha de pensamento predominante no Brasil desde Teixeira de Freitas e Inglês de Souza, passando pelos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964. O Código Civil, por conseguinte, não significa a busca de um Código de Direito Privado.¹⁴⁷

Nesse processo de unificação do Direito das Obrigações, Orlando Gomes assume especial importância porquanto cogitara do conceito funcional de empresa na proposta de reforma dos Códigos desde a primeira metade da década de 60, afirmando a necessidade de que a empresa cumprisse sua função social.¹⁴⁸

A função social de que trata o art. 421 do Código Civil liga-se fortemente ao conceito de empresário (art. 966 do Código Civil) porque só faz sentido nas relações jurídicas que se estabeleçam em decorrência das atividades econômicas que se organizem “sobre o plano funcional da unidade de fim”, cuja concretude lhe são conferidas pelo contrato.¹⁴⁹

¹⁴⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.99.

¹⁴⁵ Idem. Ibidem, p.99.

¹⁴⁶ Idem. Ibidem, p.186.

¹⁴⁷ REALE, Miguel. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos, op. cit., p. 100.

¹⁴⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos, op. cit., p. 101.

¹⁴⁹ GOMES, Orlando. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101.

A dimensão transindividual ou comunitária da empresa, pela conjugação de todos os fatores de produção, atualmente associados ao princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º, III, parte final, da Constituição Federal de 1988), remonta ao período da proposta de Orlando Gomes.¹⁵⁰

Caracteriza-se, assim, o Código Civil, como eixo do Direito Privado, dada sua condição de lei básica, isto é, ao mesmo tempo em que unifica as obrigações civis e mercantis, mantém flexibilidade que preserva cada uma delas em suas particularidades e, da mesma forma, as matérias de outras áreas, como as do direito do consumidor.¹⁵¹

Em sendo o Código Civil o eixo do Direito Privado, portanto, a eficácia de seu art. 421 é extrapolada para além do próprio Código, não se restringe aos contratos de seu âmbito, como, aliás, estabelece seu próprio Título V, “Dos Contratos em Geral”.¹⁵²

2.2.1.1.2 A manutenção de uma Parte Geral no Código

A Parte Geral do Código contém o princípio da socialidade e a concepção funcional dos diversos modelos no âmbito do Direito Civil. Embora sua existência não seja algo de novo no Direito Civil brasileiro, ressalte-se sua utilização como meio de se realizar alguns valores e princípios que perpassam toda a estrutura legislativa. São alguns exemplos: personalidade, direito subjetivo e negócio jurídico – guardam nexos com o art. 421 do Código Civil e estão na Parte Geral de maneira funcional; o art. 50, personalidade jurídica concebida funcionalmente; o art. 187 – finalidade econômica e social balizando o exercício de direito; arts. 111, 113, 156, 157, 170, 184 etc. – negócio jurídico como instrumento funcional regido pelo princípio da socialidade.¹⁵³

A Parte Geral, assim, tem caráter de “núcleo axiológico do Código Civil”, visto conter a principiologia que se espalha no Código e com o “papel de núcleo da legislação extravagante”, cuja aplicação deve se ajustar aos princípios gerais do sistema.¹⁵⁴

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

¹⁵¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

¹⁵² Idem. Ibidem, p. 104.

¹⁵³ Idem. Ibidem, p. 107.

¹⁵⁴ Idem. Ibidem, p. 110.

2.2.1.1.3 A utilização de técnica da legislação aditiva, similar à do texto constitucional

A remissão a lei posterior que regulamente determinado dispositivo, que tradicionalmente se vê nos textos constitucionais, também se faz presente no atual Código Civil. O Código, por exemplo, não esgota a disciplina do contrato de distribuição (art. 721) e do de corretagem (Lei nº 6.530, de 12.4.1978, Decreto-lei 73, de 21.11.1966, entre outras). A disciplina do Código Civil, assim, é básica, havendo a necessidade de que se reporte à legislação especial.¹⁵⁵

O Código Civil como eixo do Direito Privado, ou como Código Central, é solução à quebra de unidade do sistema que se observava com a edição de inúmeras leis extravagantes e, mais grave, leis que se orientavam por princípios jurídicos colidentes com o Código de 1916, sem que se desse a necessária integração.¹⁵⁶

Nessa linha, a cláusula geral do art. 421 do Código Civil tem “papel de cânone hermenêutico”, porque tanto serve como norma para solucionar casos concretos, quanto para fazer a integração sistemática das normas gerais do direito contratual integrantes do Código com as leis extravagantes que disciplinam os contratos.¹⁵⁷

Dessa forma, também como decorrência da condição de eixo do direito privado e da técnica da legislação aditiva, todos os contratos que têm disciplina fora do Código, seja em leis extravagantes ou em microssistemas, estão atingidos pelo princípio da socialidade, afinal, “a principiologia do Código Civil submete todas as regras que disciplina a liberdade contratual”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

¹⁵⁶ GOMES, Orlando. Lineamentos gerais do anteprojeto de reforma do Código Civil. *Revista Forense*, v. 206, 1964, p. 10. Sobre a necessidade de substituição das *matrizes filosóficas* do Código Civil “para atualizá-lo nas partes em que passou a reclamar alterações mais urgentes, foi-se modificando fragmentariamente, através de leis extravagantes que o mutilaram sem piedade. Urge, por conseguinte, reformá-lo com espírito de sistema para reajustá-lo as condições de desenvolvimento do País, assimilando as ideias que palpitam, estuantes de vida, no substrato cultural dos povos ocidentais”. Apud, BRANCO, Gerson Luiz Carlos, op.cit., p. 113.

¹⁵⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos, op. cit., p. 113

¹⁵⁸ Idem. Ibidem, p.114.

2.2.1.1.4 A eficácia imediata da função social dos contratos

O parágrafo único do art. 2.035 do atual Código Civil¹⁵⁹ atribui caráter de ordem pública à função social da propriedade e dos contratos e subordina à função social os efeitos de todos os negócios jurídicos, ainda que celebrados no regime do Código anterior. Essa disposição implica eficácia imediata ao princípio da socialidade, daí também conferir ao Código Civil a condição de eixo do direito privado.¹⁶⁰

A adjetivação da função social como norma pública, nos termos acima referidos, ao distinguir eficácia retroativa de eficácia imediata, admite eficácia imediata às normas de ordem pública, condiciona os efeitos dos contratos ao regime atual sem, contudo, invalidar os negócios jurídicos válidos celebrados em data anterior ao Código.¹⁶¹

Diante disso, o julgador continua obrigado a obedecer à teleologia do sistema, que condiciona a liberdade de contratar ao cumprimento da função social, porquanto a função hermenêutica da cláusula geral do art. 421 do Código Civil não está afastada. A lei, no entanto, não pode ser aplicada retroativamente. A invalidação de cláusulas contratuais deve levar em conta os princípios e regras do período da celebração do contrato, tendo em vista que funcionalização e socialidade já se faziam presentes no sistema jurídico anterior ao atual Código.¹⁶²

O Código Civil, por conseguinte, estrutura-se como eixo do direito privado indiretamente por conta da cláusula geral de seu artigo 421, presente o citado art. 2.035, cuja regra de direito intertemporal subordina todos os contratos ao regime da função social dos contratos, nos limites constitucionais.¹⁶³

¹⁵⁹ Art. 2.035. [...]. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁶⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.119.

¹⁶¹ Idem.Ibidem, p.119-120.

¹⁶² Idem,Ibidem, p. 122.

¹⁶³ Idem,Ibidem, p.122.

2.2.1.2 Conteúdo do Código Civil, culturalismo de Miguel Reale e conservadorismo

A doutrina aponta que a função social dos contratos como posta no art. 421 do Código Civil teve influência determinante do culturalismo de Miguel Reale.¹⁶⁴

O pensamento culturalista utiliza-se da noção de cultura, da seguinte maneira:

Cultura como paradigma central e decisivo nos domínios das ciências [...] trata-se de uma concepção de conhecimento, ciência e direito que parte da ação do homem como ser cultural, imerso na história e em constante relação com a natureza desenvolvida na linha do tempo.¹⁶⁵

A compreensão do art. 421 do Código Civil, portanto, passa por essa concepção culturalista, notadamente sua visão dialética sobre a complementaridade e a ética da situação. A dialética da complementaridade fornece os elementos para convivência simultânea, no mesmo artigo, da liberdade de contratar e da função social do contrato; a ética da situação é o instrumento teórico para que o juiz aplique o artigo da lei ao caso concreto.¹⁶⁶

Sobre a ética da situação, Gérson Luiz Carlos Branco esclarece que seu significado é “a afirmação de um poder social criador de normas jurídicas.” As cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e os conceitos normativos em geral, que serão vistos adiante, segundo esse autor são “verdadeiros pontos de recepção da realidade ética que circunda os contratos” e condição para que a norma ética venha a ser considerada sob o ponto de vista jurídico. O mesmo autor ainda oferece o seguinte acerca do assunto:

A eticidade que marca o direito contratual no novo Código Civil consiste numa remissão contínua e constante à chamada ética da situação, que é um conceito distinto da ética enquanto capítulo da filosofia social. A ética da situação, também chamada de ética do concreto, deriva do conjunto de regras que disciplinam o cotidiano, o dia-a-dia do homem comum, de onde pode ser deduzida. Miguel Reale foi quem cunhou a expressão, mas ele não é o responsável pelo processo de eticização, salvo por sua insistente atuação no sentido de preservar a sistemática do Código Civil, no qual a eticidade é uma marca.¹⁶⁷

¹⁶⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151.

¹⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 153.

¹⁶⁶ Idem. Ibidem, p. 151.

¹⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 151-152.

Essas ideias de Miguel Reale possuem relevância para a aplicação do Código Civil, que não pode ser feita nos moldes do Código de 1916 ou por meio dos paradigmas da Escola da Exegese ou mesmo pelas condições metafísicas da ética.¹⁶⁸ “O novo sistema, fundado a partir do texto constitucional, tem caráter axiológico e permite a aplicação tópica do direito”.¹⁶⁹

O mesmo caráter axiológico do sistema impede que os princípios socialidade e autonomia privada se oponham, permite, aliás, a formação de síntese que é a autonomia privada baseada na socialidade. Como a função social, contudo, foi posta como fundamento de contratar, o conteúdo dos contratos deve ser reconhecido como “socialmente relevante e útil”.¹⁷⁰

O conservadorismo que se pode atribuir ao Código é no sentido da diretriz básica de sua elaboração, que tinha como pressuposto “que a lei civil não pode inovar, salvo quando a sociedade já inovou”. Primou-se, assim, pela permanência, estabilidade e consenso, muito mais importantes para o Código do que “a inteligência ou a modernidade de soluções que não estejam conforme os padrões culturais da sociedade brasileira”.¹⁷¹

Embora possa ser tido como conservador nesse sentido, não o é pelo lado político de manter-se a realidade, como fator de conservação ou contraponto às inovações que emanam da realidade, haja vista a flexibilidade e a abertura de suas normas. Como exemplo, o art. 421 do Código Civil tem estrutura com maleabilidade suficiente para se adequar às transformações sociais que estão por ocorrer.¹⁷²

Nas mudanças levadas a efeito no Código Civil, pela percepção da comissão de se mudar o conteúdo da estrutura do Código de 1916, predominou a inserção de cláusulas gerais do que propriamente novos artigos com novas soluções. São palavras de Miguel Reale:

Quanto mais analisávamos o velho Código, cuidando de preservá-lo o mais possível, na forma e no fundo, mais nos convencíamos da inviabilidade

¹⁶⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

¹⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 199.

¹⁷⁰ Idem. Ibidem, p. 200.

¹⁷¹ Idem. Ibidem, p. 122-123.

¹⁷² Idem. Ibidem, p. 123.

dessa decisão, tais e tantos são os seus artigos em irremediável conflito com o Brasil de nossa época.¹⁷³

Essa diretriz foi definida em 1975 e contrapõe-se às afirmações de que o Código Civil atual é defasado em relação à nossa realidade. A não contemplação de determinadas matérias ou modelos jurídicos não decorre do tempo consumido em sua tramitação, ao contrário, na linha do culturalismo de Reale, obedeceu à decisão de se deixar para a legislação aditiva ou extravagante a regulamentação de questões ainda não “maduras” o suficiente para ingressar no Código.¹⁷⁴

A nova principiologia que supera a concepção individual-liberal do Código de 1916, aliada à técnica legislativa das cláusulas gerais como a do art. 421 do Código Civil, qualificam o atual Código indubitavelmente como inovador.¹⁷⁵

2.2.1.3 Diretrizes metodológicas para as normas e a linguagem do Código Civil

O atual Código Civil, como sistema aberto, não tem a pretensão de abranger em seu conteúdo o universo do direito. A atividade judicial deve ser mais criadora, “o juiz como legislador para o caso concreto”.¹⁷⁶

Miguel Reale foi o responsável pela ordenação sistemática e a estruturação da linguagem, “que consistiu numa espécie de unificação”. Reale considerou essa tarefa um “processo até certo ponto inédito, marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, segundo um plano preestabelecido de sucessivos pronunciamentos por parte das pessoas e categorias sociais a que a nova lei se destina.”¹⁷⁷

Essa “aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira” teria determinado o “sentido de socialidade e concreção, os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada”¹⁷⁸.

¹⁷³ REALE, Miguel. Apud GERSON, Luiz Carlos Branco. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

¹⁷⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos, op.cit., p.. 128.

¹⁷⁵ Idem.Ibidem, p. 131.

¹⁷⁶ Idem.Ibidem, p. 131.

¹⁷⁷ REALE, Miguel. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.132.

¹⁷⁸ Idem.Ibidem.

Reale, assim, por meio desses dois princípios, defende a abertura de espaço às “abstratas regras de direito” para a “ação construtiva da jurisprudência” e para a aplicação de “valores éticos, como os de boa-fé e equidade”.¹⁷⁹

Reale, na Exposição de Motivos, considera aliar os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência ao direito vivido pelas diversas categorias profissionais como uma das mais importantes diretrizes de elaboração do Código.¹⁸⁰

No que tange às obrigações, Reale preserva a estrutura elaborada por Agostinho Alvim, acrescentando modificações para acentuar as “exigências de socialidade e concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato, *ad instar* do que se dá com o direito de propriedade”.¹⁸¹

Destaca-se, no âmbito das obrigações:

Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais de boa-fé e de probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à construção ética da experiência jurídica.¹⁸²

No que tange à linguagem do Código Civil, a comissão não queria repetir o que ocorrera no Código Civil de 1916, no qual houve “preferência pela forma, em detrimento da matéria jurídica”.¹⁸³ A razão da opção decorreu da impossibilidade de sempre alcançar “a composição dos valores formais com os da técnica jurídica”, já que esta prima pela preservação da “certeza e segurança”.¹⁸⁴

Uma das consequências dessa opção foi a edição de normas abertas, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e conceitos normativos localizados

¹⁷⁹ REALE, Miguel. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

¹⁸⁰ Idem. Ibidem, p. 133.

¹⁸¹ Idem. Ibidem.

¹⁸² Idem. Ibidem.

¹⁸³ Idem. Ibidem.

¹⁸⁴ Idem. Ibidem, p. 137.

estrategicamente.¹⁸⁵ Pela importância desse ponto para o presente trabalho, passaremos a tratá-lo em tópico próprio, a seguir.

2.2.2 Sistema aberto e cláusula geral

O art. 421, antes de ser uma cláusula geral isolada, é uma das várias cláusulas contempladas pelo Código de 2002 para materialização dos princípios que nortearam sua construção.¹⁸⁶

A diferença entre cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e conceitos puramente normativos, no entendimento de Gerson Luiz Carlos Branco, “não é tarefa fácil, pois há limites tênues entre uns e outros”. Este autor sintetiza essas diferenças com seus conceitos e exemplos, conforme a seguir:

As cláusulas gerais descrevem fatos de maneira genérica que não permitem a construção de um silogismo perfeito com subsunção automática dos fatos do mundo com os fatos descritos em abstrato na norma. Para sua aplicação é preciso que o juiz construa a regra do caso concreto levando em consideração as peculiaridades do caso e o princípio que se quer realizar através da cláusula geral, dentro dos limites ditados pelo legislador. Exemplo: artigo 159 do Código Civil de 1916: aquele que por ação ou omissão provocar dano a outrem [...]. O que significa provocar dano a outrem? Trata-se de cláusula geral cujo significado precisa ser preenchido no caso concreto. Utiliza-se o exemplo do artigo 159 tendo em vista a importância que tal artigo teve para a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. O fato de ser uma cláusula geral permitiu avanços importantes no curso do século XX, mediante a ampliação do conceito de dano, com o consequente alargamento do espectro da responsabilidade civil e adequação aos tempos modernos, não obstante a regra tenha permanecido a mesma por quase um século.

Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões cujo significado também depende de preenchimento segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, mas, diferentemente das cláusulas gerais, não se trata de conjunto de fatos, mas de expressões que podem estar presentes em qualquer parte da norma, seja na descrição de parte dos fatos em abstrato, seja nas consequências jurídicas. Exemplo de conceito jurídico indeterminado é o de “interessado” de que trata o artigo 304 do Código Civil. Embora a doutrina moderna já tenha fixado quem é ou não interessado, deverá o juiz, na análise do caso concreto, identificar se o conceito de interessado está ou não adequado à situação que é posta em julgamento.

¹⁸⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

¹⁸⁶ Idem. *Ibidem*, p. 137.

Os conceitos puramente normativos são aqueles que não têm referência direta e concreta a situações fáticas, mas a situações jurídicas e a conceitos eminentemente jurídicos. Exemplo: a referência a “contrato comutativo” do artigo 441, ou a “resolução” de que trata o artigo 478 etc. Diferentemente dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, os conceitos puramente normativos são definidos a partir de elementos fornecidos pela ciência jurídica e não a partir de fatos ou da parte da lei em que é enunciado.¹⁸⁷

No significado de função social, boa-fé e natureza e vulto dos investimentos, “conquanto tenha um núcleo duro, que pode ser conhecido abstratamente, há uma área periférica do significado de tais expressões que somente pode ser conhecida na análise do caso concreto”.¹⁸⁸

A característica das cláusulas gerais é:

sua mobilidade e capacidade de adaptar-se às transformações sociais, permitindo que fatos não previstos pelo legislador sejam objeto de disciplina no caso concreto. As mudanças sociais ocorridas posteriormente à edição de lei contendo cláusulas gerais provocam alterações na maneira como a cláusula geral deve ser preenchida, pois ela precisa ser consoante à realidade posta em litígio. Essa característica torna o texto legal elástico e aberto às transformações sociais que possam vir a ocorrer.¹⁸⁹

O núcleo duro da cláusula geral pode mudar no longo prazo, pelas transformações dos padrões éticos da realidade, sem rupturas e por meio da definição gradual e da distinção do que é “branco” ou “preto”, sempre com passagem pelo “cinza”.¹⁹⁰

É preciso, no entanto, mais que o texto legal para que a norma se torne realidade: a doutrina e a jurisprudência devem reconhecer as potencialidades das cláusulas gerais, “não as tomando como fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético”.¹⁹¹

¹⁸⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139-140.

¹⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 140.

¹⁸⁹ Idem. Ibidem, p. 140.

¹⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 139-140.

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

A distribuição estratégica das cláusulas gerais no texto do Código,¹⁹² implica que o juiz conheça a composição do sistema para promover sua aplicação. Ao ser colocado na abertura de todo o sistema contratual, o art. 421 do Código Civil passa a assumir a importância sistemática de reger todas as demais regras do direito contratual, estejam elas no Código Civil ou não. Daí seu importante papel sistêmico na construção de novas regras a partir dos princípios postos em lei, “diminuindo, com isso, o relativismo e a incerteza derivada da ausência de princípios expressos”.¹⁹³

Os motivos iniciais do legislador são afastados pelas cláusulas gerais, que se desvinculam dele para que “possam atender, prospectivamente, a fatos e valores supervenientes suscetíveis de serem situados no âmbito de validade das regras em vigor tão-somente mediante seu novo entendimento hermenêutico”. “A lei é mais sábia do que o legislador”.¹⁹⁴

Outras disposições legais também têm o sentido de ampliar sua incidência para fatos não previstos expressamente e cuja previsão não poderia ser feita pelo legislador, como os termos indeterminados que não se constituem em cláusulas gerais, mas auxiliam igualmente o processo de funcionalização.¹⁹⁵

A norma de caráter funcional permite ao sistema que se torne mais completo e ao mesmo tempo aberto:

Completo porque as condutas que forem vedadas por algum suporte fático em abstrato, ou por algum comando que não contenha previsão de consequência jurídica expressa, encontram como resultado primeiro a nulidade do negócio jurídico, com todos os possíveis efeitos que as nulidades provocam.¹⁹⁶

O sistema fica aberto para regular condutas que não foram e não podiam ser previstas em qualquer dispositivo legal. Se o negócio jurídico tiver por fim fraudar imperativo de lei, ainda que o objeto seja lícito e que em si não haja qualquer ilicitude, tal ato será nulo. [...] exemplo, podem-se enquadrar aqui os casos de faturização de títulos com obrigação de recompra ou o pacto de

¹⁹² MARTINS-COSTA, Judith. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.142.

¹⁹⁴ REALE, Miguel. Apud BRANCO, Gerson Luiz Carlos, op. cit., p. 142.

¹⁹⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

¹⁹⁶ Idem. Ibidem, p. 145.

retrovenda, casos típicos de negócios fiduciários, que têm por fim esconder um mútuo com juros acima do percentual legal ou com garantia excessiva, negócios que evidentemente não cumprem sua função social típica e, portanto, com a cláusula geral do artigo 421 do Código Civil.¹⁹⁷

À vista disso, a funcionalização dos modelos jurídicos pelo uso de cláusulas gerais, exige do julgador que integre o direito, que crie um enunciado de adequação ao caso concreto, mais que simplesmente interpretar a norma.¹⁹⁸

¹⁹⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

¹⁹⁸ Idem. *Ibidem*, p. 149.

3 RISCO JURÍDICO INERENTE À FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E SUA MITIGAÇÃO

Nesta primeira seção, buscar-se-á entender o conceito de risco aplicável à função social dos contratos, bem como identificar a classificação que melhor se ajuste a sua natureza. Em seguida, alinhar-se-ão diversas percepções doutrinárias sobre o risco em análise.

3.1 Riscos associados à aplicação, pelos juízes, da cláusula geral do art. 421 do Código Civil

As posições aqui coligidas destacam, a prumo, a dificuldade – ou, mesmo as oportunidades – que uma cláusula aberta nos termos da que o legislador inseriu no art. 421 do Código Civil pode trazer à prática dos contratos.

Como primeiro ponto, breve contorno do que se entende por risco e de sua relação com a função social dos contratos. Vale-se aqui das ideias de Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, que conceitua riscos, de forma ampla, como “a possibilidade genérica de perdas específicas”. Contratar, por exemplo, traz em si mesmo potencialidade de risco. No contrato, atualmente, os riscos são conexos ao fato de contratar e à operação contratual, no conjunto.¹⁹⁹

A autora em destaque enxerga o contrato como disciplinador e, ao mesmo tempo, produtor de riscos. A análise do risco contratual passa pelos seguintes aspectos:

por investigação dos meios de responsabilização, por se pensar os perigos que podem ocasionar o desequilíbrio entre as vontades dos contratantes, por debater o risco da administração das cláusulas contratuais gerais e ponderar o risco da intervenção externa na disciplina interna dos pactos, ante a insegurança causada pela ausência de parâmetros efetivos de controle.²⁰⁰

Para classificação dos riscos, sugere referenciar-se no “*Core Principles for Effective Banking Supervision (Basle Committee, 1997 – risks in banking)*”, que adota a seguinte tipologia para a classificação dos riscos de instituições financeiras:

i) risco de crédito, incluídos, dentre outros, os riscos de inadimplência, de degradação da garantia e de operações internacionais (de câmbio ou títulos);

¹⁹⁹ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *O contrato como regulador e como produtor de riscos*. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ocontrato.pdf >. Acesso em: 03 setembro 2010.

²⁰⁰ Idem. Ibidem.

ii) risco de mercado [...]; iii) risco legal e **risco jurídico (este último, no sentido de jurisdicional)**, ocasionado pela ação externa dos órgãos de fiscalização, governo, regulamentação, incluídos neste item o risco advindo cláusulas contratuais de interpretação duvidosa (risco de contrato), de mudanças de tributação, de sanções dos órgãos reguladores **e de decisões judiciais**; e, por último iv) o risco operacional (grifos nossos) [...]²⁰¹

Na opinião de Gerson Luiz Carlos Branco, o art. 421 do Código Civil é “mais uma via, ao par de tantas outras, de intervenção judicial no âmbito dos contratos”.²⁰² É ambiente propício ao risco jurídico de que trata a conceituação retro, portanto.

O ambiente criado pela introdução desse artigo no Código Civil assemelha-se ao que Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa denomina “terreno minado de riscos, em zona que embaralha autonomia privada e interferência estatal”. Segundo ela, em situações desse tipo, os danos podem advir:

da não intervenção (que ratifica o abuso da contraparte e gera uma desconfiança dos sujeitos sociais na atuação do judiciário), da errônea intervenção (fraca, débil, inconsistente) ou da excessiva intervenção (incursão descomedida na autonomia interna do contrato, que pode motivar estratégias, cada vez mais sofisticadas, de contornar a possibilidade de desfecho judicial, afugentando, desta vez, os operadores econômicos).²⁰³

A via de intervenção judicial apontada por Gerson Luiz Carlos Branco, acima, mostra-se capaz de implicar riscos para os contratantes sob dois importantes aspectos. O primeiro deles, por se tratar o art. 421 do Código Civil de cláusula aberta, na hipótese de preenchimento arbitrário, estaria em risco o sistema de funcionalização, porquanto embora a análise funcional possa proteger contra o “excesso de abstrações generalizantes”, igualmente poderia resultar no seu oposto, “um pragmatismo sem freios”. O segundo, seu principal risco, seria a mera ponderação dos institutos, ainda que nas suas funções, descambar “no empirismo”.²⁰⁴

A extensão e eficácia que as decisões judiciais podem atribuir ao art. 421 do Código Civil, segundo o mesmo autor, pode percorrer diversos caminhos entre dois extremos: primeiro, pouca aplicação prática, hipótese em que o artigo é tratado como uma norma com

²⁰¹ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *O contrato como regulador e como produtor de riscos*. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ocontrato.pdf>. Acesso em: 03 setembro 2010.

²⁰² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Limites da atuação judicial na aplicação da função social dos contratos. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Org.). *Novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 133 a 151.

²⁰³ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. op.cit.

²⁰⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. op.cit., p. 133 a 151.

caráter programático; e, segundo, uma “carta branca” para a intervenção dos juízes em todo e qualquer contrato para “proteção dos interesses sociais, consubstanciados na ideia de que o contrato precisa cumprir uma função social”.²⁰⁵

Arnold Wald destaca o temor de alguns juristas e economistas pela ameaça à segurança jurídica das relações privadas que a inserção do art. 421 no Código possa representar, dado que o emprego das disposições desse artigo pode afastar o princípio da autonomia da vontade.²⁰⁶

Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que, para a aplicação, pelos juízes, da cláusula geral do art. 421 do Código Civil, é apropriada a tópica, por ele definida como “técnica de pensamento orientado por problemas e serve para resolver a seguinte questão: o que, aqui e agora, é o justo”. Lembra, todavia, que “evidentemente isso gera insegurança, pois o contratante não sabe o que o juiz entenderá como sendo o comportamento devido; a descrição dessa conduta não está na lei”.²⁰⁷

Humberto Theodoro Júnior classifica a cláusula geral do art. 421 do Código Civil como “desastrosa”. São essas as suas próprias palavras:

Ora, nunca antes se cogitara identificar uma função social na contratação dos negócios patrimoniais do direito Privado. Como então impor o legislador que se observe um parâmetro desconhecido, sem indicar aos contratantes onde buscar elementos para identificá-lo e sem traçar qualquer espécie de limite a essa busca de uma função nova e inidentificada? O resultado somente poderia ser o caos doutrinário e jurisprudencial. Cada intérprete e cada aplicador usam o parâmetro que lhes é simpático e chegam a limites e conclusões os mais díspares e incongruentes.²⁰⁸

Em outro trabalho, esse autor aponta como grande risco ao atual momento de aplicação do conceito genérico da lei, a visão sectária do operador que, “por má-formação técnica ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro do arsenal da ordem constitucional,

²⁰⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Limites da atuação judicial na aplicação da função social dos contratos. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Org.). *Novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 133 a 151.

²⁰⁶ WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 55.

²⁰⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, nº 18, Porto Alegre, p. 221-228, 2000.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20687/onda_reformista_direito_positivo.pdf?sequence=1>. Acesso em 20 agosto 2011.

apenas um de seus múltiplos e interdependentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático às convicções pessoais”.²⁰⁹

Observa o mesmo autor que as duas maiores hecatombes político-institucionais do século XX, o nazismo e o comunismo, tiveram sustentação e legitimação em “visão exageradamente livre e ideológica do Direito”.²¹⁰

Pela ótica da corrente Direito e Economia, Luciano Benetti Timm afirma que o modelo social ou solidarista refletido no Código Civil de 2002, em especial no art. 421, tem como um dos pontos mais evidentes o risco de politização do Direito, ou [...] de “tentativa de dominação da racionalidade jurídica pela racionalidade política”. Explicando de outra forma:

[...] o sistema jurídico, que tem a sua linguagem, o seu código binário (lícito-ilícito), passa a ser contaminado pela linguagem, pelo código (poder-não poder) e mesmo pela racionalidade da política.²¹¹

Timm argumenta, com base em estudos sociológicos do direito, que a “politização do sistema jurídico transborda ao Poder Judiciário pelo domínio que acabam tendo os círculos acadêmicos”.²¹²

Segundo esse autor, a jurisprudência no Brasil, “como nos países de tradição romano-germânica em geral, é fortemente influenciada pela doutrina, que joga um papel fundamental na práxis jurídica”. Essa a razão de os ensinamentos doutrinários refletirem-se nos acórdãos dos tribunais.²¹³ Apóia-se, para suas conclusões, em pesquisa conduzida por Armando Castelar Pinheiro por meio da qual se evidenciou que mais de 70% (setenta por

²⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2008, p. 151.

²¹⁰ Idem. *Ibidem*, p. 152.

²¹¹ TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a função social do contrato. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 180.

²¹² ENGELMANN, Fabiano. Apud TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a função social do contrato. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 180.

²¹³ TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a função social do contrato. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 178.

cento) dos juízes pesquisados preferem fazer justiça social a aplicar a letra fria da lei e do contrato.²¹⁴

Postas as preocupações, restaria a busca por mecanismos limitadores dos fatores de risco associados à aplicação da norma, bem como os possíveis controles que se aplicariam às decisões proferidas tendo essa mesma norma como fundamento. Isso é o que se fará em seguida.

3.2 Mitigação do risco: os limites e o controle da aplicação, pelos juízes, do art. 421 do Código Civil

Arnold Wald entende que a análise da real extensão da função social do contrato deve ser feita dentro de uma visão sistêmica, tomando-se por base os valores constitucionais e a filosofia da nova lei civil. Nesse diapasão, é preciso superar a equivocada ideia de função social significando exclusivamente a proteção à parte economicamente mais fraca da relação contratual, bem como o entendimento de que a mencionada norma faria tábua rasa do respeito a atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos.²¹⁵

Wald argumenta que, se bem interpretada, a regra não justifica temores desse gênero. A função social é uma cláusula geral, inserida no Código Civil, que atribui ao juiz maior liberdade para assegurar a socialidade que permeia o novo diploma, sem, entretanto, constituir uma carta branca para que o magistrado decida ao arrepio da lei e de princípios sedimentados. Na realidade, o contrato não deixa de exercer sua função econômica, constituindo um reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida. Apenas acrescentou-lhe a função social de modo a evitar atividades contrárias aos interesses da sociedade, que passaram, assim, a ser consideradas verdadeiros abusos de direito ou desvios de poder (já condenados de modo implícito na legislação anterior e, agora, condenados explicitamente pela legislação vigente).²¹⁶

²¹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e mercados. São Paulo: Campus, 2005. Apud TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a função social do contrato. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 180.

²¹⁵ WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 55.

²¹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 55.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que, para a aplicação, pelos juízes, da cláusula geral do art. 421 do Código Civil, sobressai-se sua responsabilidade em agir com extremo cuidado, destacando atenção aos valores comunitários, saber mesmo quais as condutas que normalmente são adotadas na localidade em circunstâncias semelhantes e como a parte poderia cumprir as expectativas daí decorrentes. É trabalho criador do juiz, que deve fundamentar suas decisões, “mais que em outras ocasiões”, pela explicação devida às partes e à comunidade jurídica acerca do como e do porquê de sua escolha para aplicação ao processo dessa ou daquela conduta, porquanto foi “nessa norma de dever (criada por ele para o caso) que alicerçou a solução da causa”.²¹⁷

Defende que a fundamentação é um modo de se controlar, porquanto “exposta às partes e ao sistema judiciário, por onde tramitará o processo, com possibilidade de sucessivos recursos e juízos de revisão”. Acrescenta que, além disso, “a comunidade jurídica tem hoje, e cada vez mais, conhecimento e informação do que está sendo julgado pelos tribunais”:

a página do STJ na Internet é consultada 200 mil vezes por dia, e a opinião da academia, das universidades, das entidades que se organizam em defesa de interesses setoriais, tudo serve para impedir que se repitam decisões arbitrárias e fora do contexto social.²¹⁸

É otimista com relação ao posicionamento da jurisdição na aplicação da cláusula geral de que se trata. Apesar de “os limites do trabalho de criação não estão no sistema legislado, pois o operador poderá ter de recorrer a dados e elementos metajurídicos”, acredita que, “no Brasil, com a Constituição de 1988, com tantos enunciados orientadores de direitos e de valores, dificilmente uma situação proposta em juízo não será resolvida a contento”, seguindo os princípios constitucionais a que remete a cláusula geral.²¹⁹

Ruy Rosado afirma ser de “de natureza social” a responsabilidade do juiz que, na concreção da cláusula geral, emprega mal os poderes que lhe são concedidos ou não os usa nos casos em que deveria fazê-lo. Melhor esclarecendo, aduz:

²¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Po